

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: APORTES PARA UM NOVO PROCEDIMENTO DE INVESTIDURA DE MINISTROS

THE FEDERAL SUPREME COURT AS A CONSTITUTIONAL COURT: CONTRIBUTIONS TO A NEW PROCEDURE FOR APPOINTMENT OF JUSTICES

José Duarte Neto*

Rudson Coutinho da Silva**

SUMÁRIO: Introdução. 1 O movimento histórico da especialização de poderes. 2 A emergência dos Tribunais Constitucionais e da jurisdição constitucional. 3 A legitimidade e a legitimação dos Tribunais Constitucionais: sistemas de investidura. 4 Sistemas de Investidura de Tribunais Constitucionais e Cortes Constitucionais: um estudo de direito comparado. 4.1 Os Sistemas Europeus de Investidura. 4.2 Os Sistemas americanos de Investidura. 5 O Supremo Tribunal Federal e a gênese de um Tribunal Constitucional. Considerações finais. Referências.

RESUMO: A soberania historicamente se especializou em várias funções para diferentes órgãos. Os Tribunais Constitucionais surgem no século XX como uma função especializada. Eles têm jurisdição para proteger a Constituição. Seu modelo se espalhou para os países europeus, com uma organização diferente da estrutura do Poder Judiciário. Existem diferenças entre eles em questões como a competência das Cortes e a nomeação, permanência no cargo e independência de seus juízes. A Constituição Federal de 1988 criou o Supremo Tribunal Federal como um uma Corte de Justiça. No entanto, concedeu-lhe parte dos poderes de um Tribunal Constitucional. Emendas à Constituição Federal, leis promulgadas e a jurisprudência da Corte também estabeleceram uma jurisdição extra. Mas o Supremo Tribunal Federal persiste estruturalmente ainda como uma Corte Suprema. Essa situação política e constitucional única cria crises entre as três funções políticas de um sistema presidencial de governo. É necessário discutir uma solução, e a discussão recomenda

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2009). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Professor Assistente Doutor de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) - UNESP - Câmpus de Franca. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNESP - Câmpus de Franca. Chefe do Departamento de Direito Público (mandato 2013/2014 e 2015/2016). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado Acadêmicos) da UNESP - Câmpus de Franca (Quadriênio 2017-2021). Coordenador do NEPECC - Núcleo de Estudos, Pesquisa e Extensão "Constituição e Cidadania".

** Mestrando em Direito pela da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) - UNESP - Campus de Franca. Professor da Uniara, Universidade de Araraquara. Membro - categoria discente de Pós Graduação - do NEPECC, Núcleo de Estudos, Pesquisa e Extensão "Constituição e Cidadania" da UNESP. Procurador da República.

Artigo recebido em 03/07/2020 e aceito em 07/07/2020.

Como citar: DUARTE NETO, José; SILVA, Rudson Coutinho da. O Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional: aportes para um novo procedimento de investidura de ministros. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 95-130. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

o estabelecimento de um Tribunal Constitucional. Essa mudança requer, entre outros tópicos, o debate sobre o processo de nomeação de seus juízes. Existem diferentes formas de nomeação em todo o mundo. O objetivo deste artigo é, do ponto de vista comparativo, iniciar o debate sobre o modelo de nomeação mais adequado para o nosso sistema político, bem como sobre as necessidades relacionadas à criação de um Tribunal Constitucional.

Palavras-chave: separação de poderes. tribunais constitucionais. Supremo Tribunal Federal. procedimento de investidura de ministros.

ABSTRACT: *The sovereignty has historically been specialized in various functions to different bodies. The Constitutional Courts emerges in the 20th century as an specialist function. They have jurisdiction to protect the Constitution. Their model spread to the European countries, with a different organization from the structure of the Judiciary Power. There are differences between them in matters like the jurisdiction of the Courts and the appointment, tenure and independence of their Justices. The Federal Constitution of 1988 created The Federal Supreme Court like a Court of Appeals. However, it gave it part of the powers of a Constitutional Court. There have been Amendments to the Federal Constitution, enacted laws and the Court's jurisprudence that, in the same way, have established extra jurisdiction. Despite them, the Federal Supreme Court persist structurally yet as a Court of Appeal. This unique political and constitutional situation creates crises between the three political functions of the presidential system of government. A solution must be discuss, and the discussion recommends the change to a Constitutional Court. This changing requires, among other topics, the debate about the nomination's procedures of their Justices. There are different ways of appointment of Justices around the world. The aim of this paper is, from a comparative point of view, to initiate the debate on the most appropriate nomination model for our political system, as well as to the needs related to the creation of a Constitutional Court.*

Keywords: *separation of powers. constitutional courts. Federal Court of Justice. procedure for appointments of justices.*

INTRODUÇÃO

Em 1921, no período entre guerras, chegava às livrarias francesas por meio da Editora Giard, um opúsculo de autoria de Édouard Lambert e que tinha por sugestivo nome “O governo dos juízes” (*Le gouvernement des juges*). Professor da Universidade de Lyon, o autor apresentava ao público europeu, em especial ao francês da III^a República, o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade americano. Em um sistema jurídico constitucional que ainda se erigia sobre a ideia da lei enquanto expressão da vontade geral, um governo dos juízes era um sacrilégio ao princípio da separação de poderes e à própria compreensão francesa do que devia ser uma Constituição (art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). As páginas traziam uma crítica ácida ao poder dos juízes de barrarem os avanços e os reclamos sociais que chegavam até ao poder legislativo e se concretizavam por vias legais. O exemplo mais claro era o *case Lochner vs New York* (1905). Na Europa constitucional ainda era polêmica a ideia de um terceiro poder invalidar as leis produzidas pelo Parlamento. Não foi por outro motivo que em 1928, primeiramente em

uma Revista Francesa, Hans Kelsen publicaria “A garantia jurisdicional da Constituição - A justiça constitucional” (*La garantie jurisdictionelle de la Constitution - La justice constitutionnelle*). Na obra, defendia a exigência de um controle de constitucionalidade, uma garantia normativa da Constituição, mas confiada a um poder diferente do poder judiciário. Uma quarta função, que a despeito de intitulada *justice constitutionnelle*, Kelsen descrevia como obra de um “legislador negativo”.

Uma tradição histórica que resistia ao controle judicial da política que se exprimia pela lei e a exigência de uma fiscalização que tivesse por parâmetro a Constituição compreendida como norma – duas acepções em torno das quais as duas obras gravitavam – exigiram a criação dos Tribunais Constitucionais. Consistiram os últimos na solução para o impasse nos ordenamentos jurídicos constitucionais do *Civil Law*. Sua estrutura e sua dinâmica são os temas centrais quando se investiga a temática da jurisdição constitucional. Mormente pela preponderância no debate das questões sobre a sindicância concentrada e abstrata de constitucionalidade. É o sistema que prepondera desde então.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal não constitui um Tribunal Constitucional, mas uma Corte de Justiça, pois sua competência não se limita ao controle de constitucionalidade das normas. Goza, por outro lado, de uma independência bastante acentuada, que o tem permitido avançar sobre áreas de atuação em que é questionável sua legitimidade. Carente de um estatuto de deveres funcionais, tampouco há procedimento ou órgão alheio que controle o cumprimento desses deveres.

A partir de um estudo de Direito comparado, o artigo pretende avaliar as formas de investidura em algumas Cortes europeias e americanas, traçando linhas distintivas com o modelo previsto na Constituição de 1988, buscando iniciar a discussão quanto a ajustes que o modelo brasileiro pode comportar. Dentre os aspectos analisados estão as formas de indicação, o número de membros e a existência de mandato por tempo definido.

A controvérsia sobre o procedimento de investidura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não está esgotada, pois descortina soluções e problemas sobre a funcionalidade e a legitimidade do seu exercício jurisdicional. Controvérsia parecida houve no início do século XX, quando a Suprema Corte Americana nulificava as soluções encontradas pelo legislador para os dilemas da sociedade civil. Justificou que Lambert denominasse aquele sistema de o “governo dos juízes”. A mesma perplexidade, sem o estilo e a propriedade do professor francês, anima-

nos a sugerir um novo procedimento de escolha para quem se propõe a exercer competências de um Tribunal Constitucional, sem ainda o ser.

1 O MOVIMENTO HISTÓRICO DA ESPECIALIZAÇÃO DE PODERES

Após a Segunda Grande Guerra, as Constituições passaram a ter um plano de incidência ampliado. Pretenderam regular toda a sociedade e não somente o Estado e a organização política. Como à organização política acresceram-se princípios de legitimação política ³/₄ com fins explícitos de emancipar as sociedades e povos ³/₄ a normatividade ganhou em importância, ainda que não se tenha como separar a constituição real da normativa, pois com ela coordenada. Essa revalorização tem os Tribunais Constitucionais como *locus* de concretização constitucional e as discussões passam a centrar-se sobre o controle de constitucionalidade e hermenêutica. Por óbvio, que os Tribunais Constitucionais, no sentido ora empregado, devem ser entendidos como outro poder e não como implicado com o Poder Judiciário, ainda que, em vários ordenamentos jurídicos, organicamente não estejam separados. Se em algumas realidades constitucionais não existe uma distinção orgânica, funcionalmente operam de forma diversa.

Em três séculos de desenvolvimento, em fases sucessivas, a soberania foi funcionalmente especializada. Isso permite a identificação de seis blocos correspondentes – a depender da predominância de um poder estatal e de suas especializações funcionais – a confluir na emergência dos Tribunais Constitucionais. Com essas premissas, segundo a evolução da organização política desde o Estado Absoluto, é possível identificar um sistema de poderes concentrados, que evolui para a bipartição, tripartição, tetrapartição, pentapartição e hexapartição de poderes, correspondendo o último ao advento dos Tribunais Constitucionais. Com o fim do medievo, conheceu-se um período de concentração política. As transformações sociais, econômicas e política exigiram segurança jurídica e a expansão de espaço político absorvente possibilitou o aparecimento do Estado moderno, burocrático e concentrado. A absolutização, ausência de especialização, das funções estatais. O mesmo processo histórico, contudo, logo levou o Parlamento, representando a nação, a sobrepor-se ao rei e colocar fim à ideia de Constituição mista (herança medieval de equilíbrio entre estamentos). A mudança foi sacramentada pelo *Bill of Rights* de 1689. Os seus treze pontos formularam os princípios básicos da organização constitucional britânica,

a supremacia do Parlamento, o que provocou uma bipartição de poderes. É também da experiência britânica que se saltará para a tripartição, mediante o olhar observador de Montesquieu sobre a Constituição da Inglaterra. A última, histórica e costumeira, até meados do século XVIII, conferia ao rei a prerrogativa de nomear magistrados. Mas no texto de legislação promulgada pelo Parlamento para resolver a sucessão dinástica – Ato de Estabelecimento (*Act of Settlement 1701*) –, concedeu-lhes (juizes) a prerrogativa de manterem seus cargos enquanto demonstrassem bom zelo profissional, de perceberem vencimentos certos de acordo com os ditames legais e não serem afastados salvo por decisão do Parlamento. Foi a institucionalização da independência judiciária. Exportada para outros ordenamentos, em especial quando da independência das colônias inglesas na América, os *founding fathers* se inspiraram nesta tradição jurídica, que também compartilhavam enquanto colonos ingleses na América. A leitura que Montesquieu faz sobre a especialização de poderes na Inglaterra, será empregada como instrução de engenharia constitucional para as nascentes instituições americanas, que foram formuladas, não com fundamento nos costumes em moldes da matriz histórica inglesa, mas em um texto normativo sistematizado e rígido. Assim sendo feito, a especialização e diferenciação do poder judiciário em relação à esfera política, possibilitou que a última se subordinasse ao direito, ao Estado de Direito. Com isso, o poder judiciário ganhou maior independência e prematuramente a atribuição de controlar a constitucionalidade das normas. Enquanto isso, do outro lado do oceano atlântico, em terras britânicas, a força inexorável das necessidades sociais e políticas exigiria a emergência da função governativa, com a diferenciação da representação do Estado da atribuição para estabelecer as diretrizes de governo. O governar que antes se cingia a simples manutenção da ordem e, por vezes, o exercício do poder de polícia, passa a exigir a tomada de posições, a preservação e o comprometimento de interesses da coletividade. Esse movimento pela tomada de posições (parcialidade) no exercício da função governamental não poderia ser realizado por uma autoridade hereditária e vitalícia (rei). A transformação acontece de forma natural e pela cessão empreendida pelo monarca da função governativa a um Ministro nomeado e de sua confiança e que terá por incumbência tratar diretamente a função de governo com o parlamento. Cada vez mais, com o passar do tempo, a efetividade da política governamental passa a depender mais da confiança parlamentar do que do rei. A agenda de governabilidade é desdobramento das diretrizes parlamentares e não das orientações monárquicas. Se o poder

de governo foi transferido a um órgão especializado (Gabinete), o Monarca permaneceu com a importante tarefa de defender a ordem constitucional. O sucesso da cisão da chefia de governo e da chefia de Estado será exportada para a Europa continental em moldes peculiares. O sistema de governo parlamentar, impulsionado por partidos de massas, possibilitará o advento do Estado Social de Direito. A ideia permitiu que na Europa continental – ao invés de um parlamentarismo clássico, em moldes ingleses – fosse implantado um parlamentarismo dinamizado pelos partidos de massa que permitiram a evolução para o Estado Social de Direito. É que se a Chefia de Estado, além da representação do Estado, cumulava a função neutra e apartidária de árbitro das forças políticas plurais e partidárias, a chefia de governo traduzia a força política majoritária e que por eleições obtivera a tarefa de imprimir certa direção política às tarefas do Estado. O Estado, já no século XX, caracteriza-se não somente pela exigência de garantir a lei e a ordem para o exercício das liberdades individuais, mas também por um escopo certo de implementar serviços, criar proteções sociais e mobilizar a atividade econômica. As novas tarefas, por seu lado, impõem uma nova estrutura e que não se confunde com as competências de imposição de diretrizes governamentais (chefe de governo), mas sua execução por uma burocracia permanente, pois não se confunde com a política governamental em vigência, formada por um corpo de servidores técnicos, apartidários e vinculados profissionalmente ao Estado. A administração pública, enquanto um quinto momento de desmembramento da soberania em especialidade, aprofunda o Estado de Direito e possibilita com eficiência a solução dos problemas de um Estado destinado a uma sociedade com complexidade cada vez maior (SOUZA JÚNIOR, 2002; FERREIRA FILHO, 1993, p. 3-78).

Com a especialização das funções e consolidado o Estado Democrático de Direito – a organização política limitada e capilarizada por um Direito democrático e pluralista – o cenário estatal estava preparado para a institucionalização orgânica de uma sexta função: os Tribunais Constitucionais.

O advento dos Tribunais Constitucionais, entretanto, somente foi possível a partir do momento em que as constituições deixaram de ser meros pactos constitucionais entre forças políticas. Se para o Constitucionalismo clássico as constituições eram compreendidas como pactos entre forças políticas – agentes de poder que mutuamente se limitavam e fiscalizavam e que tinham no texto constitucional um instrumento desse equilíbrio –, para o Constitucionalismo social são elas, sobretudo, alavancas normativas de

transformação da realidade, pois documento no qual estão firmadas as disposições normativas mais importantes, o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, o suporte axiológico e jurídico de todos os ramos do Direito e o padrão a que todas as demais normas estão adstritas, sob pena de invalidade. Ou seja, a força normativa da Constituição condiciona a realidade e por ela é condicionada.

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1991, p. 14-15).

Daí que os Tribunais Constitucionais ocupam a posição de causa e consequência da normatividade constitucional. A eficácia normativa constitucional – e sua posição de parâmetro de conformação do ordenamento jurídico – só se mostra possível, de um lado, com a presença dos Tribunais Constitucionais. Os Tribunais Constitucionais, de outro, não se confundem com a função própria do Poder Judiciário. Confundi-la – e é o que se procurará demonstrar – traz difíceis consequências e disfuncionalidade ao Poder Judiciário: a) a assunção de funções próprias de um guardião da Constituição – qualidade de uma esfera política que sobrepassa aos demais poderes – retiraria sua neutralidade para implementar a supremacia do Direito; b) haveria uma politização exacerbada da vida jurídica e judiciária e a absorção de questões que originariamente exigiriam uma solução pelos poderes de representação popular.

2 A EMERGÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A consolidação do Estado Democrático de Direito exigiu uma especialização e delimitação de funções estatais. Muitas conferidas a um órgão independente, dotado de prerrogativas e garantias para manutenção

de sua autonomia. O sistema de governo no qual havia uma concentração de funções migrou para uma bipartição de funções e, em seguida e inexoravelmente, para uma tripartição, tetrapartição, pentapartição e hexapartição. Na última das fases, coroada pelos Tribunais Constitucionais, a função de controlar a constitucionalidade da produção normativa se destaca e ocupa uma posição de guardião sobre os demais poderes. Uma das notas que se teve o cuidado de frisar é que a “atividade” dos Tribunais Constitucionais não se confunde com aquela do Poder Judiciário, ainda que não seja raro a inserção orgânica das Cortes Constitucionais em capítulos do texto constitucional intitulados “Do Poder Judiciário”. A ressalva é importante para que se note que se está diante de uma especialização e diferenciação de “funções”, mesmo que, por vezes, institucionalmente disponha da mesma estrutura burocrática (mesmo orçamento, aparelho burocrático, prerrogativas funcionais, etc). Ou seja, trata-se de uma especialização de “essência” e não de “forma”. Os dois órgãos dotados de competência constitucional de controle de constitucionalidade, comungam a mesma função (jurisdição constitucional), mas com status diferentes na relação entre poderes.

Os Tribunais Constitucionais (e as Cortes Constitucionais), a partir do momento em que assomam no cenário político-constitucional, têm por função precípua a preservação do Direito, compreendido como um rol (sistema) de Direitos Fundamentais, geralmente positivado em um Constituição escrita e rígida. Rígida porque suas disposições estão protegidas do processo legislativo comum e do legislador ordinário, asseguradas por um rito solene de transformação normativa. A diferença procedimental de produção e modificação entre as normas de estatura constitucional e as demais presentes no ordenamento jurídico confere supremacia formal às primeiras e a supremacia lhes faz de medida e parâmetro para fiscalização de toda a produção jurídica¹. Os Tribunais Constitucionais, por isso, são o *locus* constitucional para preservação da

¹ “Uma Constituição em que falte a garantia de anulabilidade de atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória. [...] Esse grau deficiente de força obrigatória real está em desacordo com a aparência de firmeza, que chega ao extremo da fixidez, conferida à Constituição ao submeter sua reforma a condições estritas. Por que tantas precauções, se as normas da Constituição, embora quase imodificáveis, são na realidade quase sem força obrigatória?” (KELSEN, 2007, p. 179).

supremacia da Constituição e fiscalização do ordenamento diante de um sistema de Direitos Fundamentais positivados. Constituem não somente o espaço político para sua concretização, mas também estão dotados de instrumentos para empreender a tarefa.

A expansão da jurisdição constitucional na Europa continental, por obra dos Tribunais Constitucionais, coloca em evidência a função de controlar a constitucionalidade das leis e norma². A função prepondera e inaugura um riquíssimo debate teórico sobre um rol extenso de assuntos que lhe toca, entre eles, os modelos e sistemas de controle de constitucionalidade, os instrumentos processuais de sindicância constitucional, a legitimidade do exercício da função.

É evidente que existem sistemas distintos de controle de constitucionalidade e é plural o seu emprego. Mesmo a eficácia da fiscalização está condicionada por distintas variáveis, sobretudo, pelo exercício funcional da fiscalização: a) negativo, quando suprime a norma ou o ato normativo que desatende os preceitos constitucionais; b) positivo, quando permite a concretização e o desenvolvimento das normas constitucionais. A estrutura constitucional do órgão destinado a empreender a fiscalização (Tribunais ou Cortes constitucionais) e sua relação com os demais poderes ou a forma de investidura e cooptação de seus membros são variáveis igualmente relevantes que condicionam o exercício funcional da fiscalizadora (DUARTE NETO, 2010, p. 177-194).

O modelo de constitucionalismo que tem por característica a presença de órgãos destinados à fiscalização de constitucionalidade emerge após o final da Segunda Guerra Mundial e se consagra na última quarta parte do século XX. Exsurge ao menos como mais um espaço, senão o mais relevante, no cumprimento e realização do texto constitucional. Como se logrou demonstrar no capítulo anterior, enquanto movimento de cisão de especialização funcional da soberania (jurisdição constitucional), os Tribunais e as Cortes constitucionais se assentam ao lado dos demais poderes. Nunca em perfeita simetria, a despeito do enunciado normativo das diferentes constituições. Não é, por isso, errado dizer que o período que medeia o final do século XVII até o início do século XX foi caracterizado pela predominância do parlamento, espaço que era de realização do

² A informação pode levar à compreensão equivocada de que a Europa não dispôs antes da pretensão para fiscalizar a constitucionalidade das normas. Não é uma informação inteiramente verdadeira. Sièyes na Constituição do Ano III ensaiou um controle por meio do que chamou um *Jury constitutionnaire*. A organização constitucional portuguesa conheceu um modelo incidental e difuso (em moldes americanos). Não era, entretanto, o que predominava.

Estado liberal (SCHMITT, s.d., p. 14-18), enquanto após a primeira guerra mundial, o constitucionalismo social exigiu uma predominância do executivo na implementação de direitos sociais e econômicos (FERREIRA FILHO, 1995, p. 57-125). Os Tribunais e também as Cortes constitucionais fecham o período.

Essa ascendência não é livre de problemas, quer no que se refere ao debate teórico sobre a sua legitimidade enquanto fonte prioritária de produção do direito, quer no que se refere ao impacto que a composição da Corte tem na produção de decisões diante de questões semelhantes. A primeira indagação, de ordem principalmente teórica, questiona a exata compreensão do que deve ser entendido como uma democracia constitucional e como institucionalmente se veicula em decisão a vontade do soberano (povo): representantes eleitos ou juízes técnicos. A segunda, de caráter bem mais prático, leva em conta a maneira como juízes são investidos e o impacto da forma de investidura em sua maior ou menor independência. Por óbvio que não são questões estanques, mas que se tocam e que envolvem o modelo de decisão esperada e o órgão de exercício da soberania para enunciá-la (DUARTE NETO, 2019, p. 210).

O debate teórico sobre os Tribunais Constitucionais e as Cortes de Justiça, sobre o controle de constitucionalidade realizado por juízes e a solução de questões fundamentais da comunidade política foi colocado por dois autores da tradição do *Common Law*: Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. De um lado, Ronald Dworkin construiu seu pensamento sob o pressuposto de que as questões fundamentais da sociedade devem ser solucionadas pelos juízes, por meio da aplicação de princípios jurídicos e de sua leitura moral. De outro lado, Jeremy Waldron insiste na disfuncionalidade da proposta e constata que a solução das mesmas questões pelo órgão de representação popular não perde em eficiência e legitimidade.

A obra de Dworkin esteve ligada ao sentido da interpretação empreendida pelo jurista. O intérprete acaba sendo um criador, pois ao empreender a interpretação obrigatoriamente supera estágios, e entre eles, a descoberta dos fins e objetivos do texto legal. Logicamente, os diferentes textos submetidos a leitura não dispõem à *prima facie* de um sentido impresso por seu elaborador. Logo, os juristas devem interpretar a Constituição como um instrumento normativo dotado de princípios de justiça. Diante de um texto ambíguo, quando cotejado com a Constituição, caberá ao intérprete conferir o sentido que mais se acomode aos princípios de decência moral. Pressupõe que a leitura moral não é excepcional.

Em verdade, ocorre dentro da normalidade empreendida pelos juízes. A concretização de princípios morais, dessa feita, estaria dentro da tradição do direito (americano). É uma tarefa que exige habilidades técnicas daquele que maneja a Constituição. Por conseguinte, não é obra para os parlamentos, mas sim para os juízes que nunca se omitiram quando provocados. A Democracia, por conseguinte, não é uma forma de governo que se caracteriza tão só pela vontade da maioria, mas cujas instituições, em uma orquestração conjunta, possibilitam uma idêntica consideração e respeito a todos os seus membros. Quando da concretização de direitos fundamentais, não há lugar para que as majorias decidam sobre os limites de seus próprios interesses. Mormente porque em situações idênticas há o grave perigo das minorias terem seus interesses comprometidos ou lesados. Os mais distintos regimes autoritários contam ou produzem majorias e não conferem idêntico respeito a todos os membros da coletividade. A Democracia Constitucional, dessa maneira, estaria mais próxima da ideia de parceria (*partnership*), na qual cada um e todos os membros têm idênticos respeito, dignidade e função social. Os Tribunais têm essa espinhosa tarefa de concretizar essa “parceria” e a desenvolvem com excelência maior do que os órgãos coletivos de representação (DWORKIN, 2008, p. 163-203).

Delegar decisões de princípio a um órgão majoritário exigiria grande maturidade política. Enquanto isso, prefere-se mitigar a democracia para impedir que ela mesma se arruine. Delegam-se as decisões constitucionais a pessoas ensinadas e treinadas a “levar direitos a sério”. Não importaria que esse mecanismo não se afinasse com o princípio democrático. Serve como um anteparo da democracia enquanto se desconfia da possibilidade de cidadãos não versados em direito decidirem com a competência de juristas sobre os princípios fundantes da comunidade política. Aqueles estariam mais sujeitos a submetê-los à permuta política, ao critério da utilidade, a transformá-los em *commodities*, a inseri-los no cálculo do “risco- país”. Parece que os juízes, ao menos, fazem parte de uma comunidade que lhes ensinou a prezar por certos princípios e valores que na esfera da pura política se submetem à barganha, egoística por definição. Juízes podem errar, mas confiamos mais neles do que em leigos que decidem por maioria. Juízes estariam aptos para a argumentação moral. O legislador não (MENDES, 2008, p. 188).

Por essa razão, a atividade dos juízes nunca será absolutamente livre do enfrentamento dos princípios. As normas constitucionais ³/₄ entre elas o *Bill of Rights* americano, consistente nas dez primeiras emendas à Constituição de 1787 ³/₄ são de enorme generalidade e abstração. Cabe ao juiz especificá-las, mas ao fazê-lo não poderá desconsiderar a tradição histórica do texto ³/₄ suas distintas interpretações ³/₄ e as exigências de seu tempo. A leitura, por esse prisma, não é individual, mas coletiva, pois vincula o passado e o futuro de um povo. O Juiz, segundo o autor, não é um sábio ou filósofo nos moldes da doutrina platônica. Ao contrário, deve ser um homem do seu tempo e com sensibilidade para as tradições, os costumes, as leituras e linguagem do Direito. Nesse ponto, o processo de interpretação estaria submetido a hierarquia da história, dos costumes e da tradição jurídica do ordenamento.

Jeremy Waldron, também inserido na tradição do *Common Law*, contrapõe-se. Para o autor, não há razões para se presumir que os direitos são melhor protegidos pelo *judicial review* do que por representantes eleitos para assembleias. É afirmação que deve ser confrontada com a essência do sistema e dos institutos e despregada de argumentos históricos ou do resultado das decisões. Afinal, as instituições estão inseridas em diversos Estados e diferentes tradições e culturas. Existem diferentes modelos de sindicância de constitucionalidade (e.g. *a priori* ou *a posteriori*, por Tribunais Constitucionais ou Cortes de Justiça, etc). Mas, em uma aproximação ideal, os modelos podem ser de duas ordens. Um modelo dito fraco (*weak judicial review*), no qual a legislação pode ser interpretada para uma outra compreensão do justo, mas nunca anulada. E um modelo forte (*strong judicial review*), que pressupõe a supremacia do órgão encarregado de dizer o Direito em relação aos demais poderes e às suas deliberações, o que o possibilita vincular-lhes por decisões obrigatórias e definitivas. Neste quadro, disfuncional ao sistema seria um controle de constitucionalidade forte. De um lado, as instituições representativas são justas e estão em boa ordem (*reasonably*), pois estabelecidas a partir de eleições livres, caracterizadas pela igualdade política e informadas por uma cultura e por uma deliberação democráticas. Em um sistema desta ordem, não há a garantia de existirem somente decisões justas, mas mesmo as injustas estão protegidas porque fruto do debate livre e sob o crivo do controle social. De outro, não se exclui a possibilidade do *judicial review*, exigindo-se tão só a presença de instituições judiciais justas e em boa ordem (independência judicial) e que acontecem quando os juízes só

decidem por provocação (não *ex officio*), com respeito ao contraditório e à ampla defesa, a partir de um padrão de precedentes (*weak judicial review*). Um sistema constitucional dessa natureza necessita de um engajamento da sociedade e demais servidores do Estado na exata compreensão de uma pauta de direitos fundamentais e direitos de minorais. O debate livre possibilita que uma pauta de direitos seja compreendida não como uma recusa ou uma negação de direitos fundamentais de uns ou de outros, mas como diferentes visões sobre sua concreção. O dissenso sobre a compreensão dos direitos é uma realidade. Existe. Tem o mesmo *status* da divergência política. É da essência do regime democrático. Não pode ser desprestigiado ou negado, sob pena de se desprestigiar a essência da democracia. Os que negam essa essência, pela defesa do *judicial review* como instrumento ótimo para implementação de direitos fundamentais, geralmente lembram das boas decisões, mas se esquecem das más. Quando lisonjeiam a solução jurisdicional de problemas de direitos fundamentais, fazem-no em questões controvertidas sobre raça, sexo ou outros assuntos de grave clivagem e, em verdade, não atestam o existente, mas propugnam um modelo. Sua abordagem é normativa. Em resumo, em um modelo ideal, em sociedades democráticas justas (*reasonable*) o maior problema está em que seus membros divergem sobre direitos. Em um sistema dessa natureza, a divergência é justa e é natural que se divirja. O necessário será que se encontre um procedimento para solucionar a divergência. Quando comparados, o procedimento do *judicial review* não é o melhor, mas o tomado pela via democrática representativa. Uma advertência: essa conclusão não se aplica para sistemas concretos (históricos), nos quais o problema real não é a divergência, mas instituições legislativas disfuncionais (WALDRON, 2006, p. 1346-1406).

O debate teórico aqui transcrito não é o único. Mas é importante porque os problemas ponteados pelos dois autores são os constantemente retomados pela publicística e sobre os quais as questões concretas e históricas gravitam. É indispensável conhecê-los, quer para retomá-los e a eles acrescentar outros de essência (universais), quer para a partir deles clarear ou solucionar o que lhe são acidentais (históricos, concretos e mutáveis).

Um deles será a forma de investidura nos Tribunais Constitucionais e nas Cortes de Justiça. O problema de investidura impacta não só a funcionalidade da sexta função que historicamente se “destaca” da unidade da soberania, mas porque possibilita a compreensão de uma maior ou menor independência do órgão e sua relação com os demais

poderes (de identidade ou de supremacia). Também porque está no âmago da questão da legitimidade (ou não) para o exercício de um controle de constitucionalidade forte (*strong judicial review*).

3 A LEGITIMIDADE E A LEGITIMAÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS: SISTEMAS DE INVESTIDURA

A legitimidade do Poder Judiciário não é discutida quando os seus membros se limitam a aplicar um Direito que não criaram. O mesmo não acontece quando são convertidos em criadores do Direito e fontes principais de produção jurídica ou mesmo quando a fiscalização de constitucionalidade dos demais poderes.

A ideia de uma jurisdição que não cria Direito e nem controla a constitucionalidade, mas se limita a aplicá-lo, está presente no constitucionalismo clássico. Sendo o Parlamento o *locus* de afirmação da burguesia e da representação da “nação” (não do povo), o seu produto era a fonte primordial do Direito. Foi a razão pela qual o produto do Parlamento, por muito tempo, foi compreendido como expressão da vontade geral. A relação era estrita: a soberania pertencia à nação (titular da vontade geral), que decidia por seus representantes eleitos. Os representantes, por sua vez, exprimiam essa decisão pela legislação. Nessa situação não era possível para membros não eleitos desfazerem a expressão da vontade coletiva. Ao menos em moldes europeus, sequer jurisdição constitucional existia. Havia o poder judiciário com a função exclusiva de ser a “boca da lei” e, portanto, não havia espaço para se discutir a legitimidade de se dizer o Direito (DUARTE NETO, 2019, p. 210-214).

Essa situação se modifica com a implantação, na Europa continental, dos Tribunais Constitucionais. Inicialmente com a função assemelhada a de legislador negativo, de órgão encarregado de invalidar normas que confrontam a Constituição, aos poucos dispõem cada vez mais de uma função criativa e expansiva: invalidação de normas constitucionais produzidas pela atribuição reformadora, prolação de provimentos normativos, participação no processo legislativo com a imposição de posturas legiferantes e decisões que manipulam os efeitos temporais da invalidação.

Ora, a legitimidade dos Tribunais Constitucionais (e Cortes Constitucionais) para a jurisdição constitucional assenta-se sobre dois argumentos: a proteção dos direitos fundamentais e o controle dos demais

poderes e entes da federação (guardião das liberdades e do respeito ao travamento normativo constitucional) (ROUSSEAU, 2002, p. 28-31). Uma parte essencial na primazia (fática) dentro do sistema político, em relação aos demais poderes, está na prerrogativa de se interpretar em definitivo a Constituição (os poderes do Estado, dentro de suas competências, também a interpretam). Admitido que os Tribunais Constitucionais e mesmo os seus juízes não são vestais que, absolutamente neutros, exercem sua função. Mas ao contrário, fazem-no sob a influência das mais diferentes variáveis, sua forma de investidura (designação) é de importância ímpar para perscrutar (quantificar e valorar) a sua independência, a ressonância interna das correntes ideológicas presentes nos órgão de representação e na sociedade e o seu papel enquanto um dos *players* no sistema político constitucional (ora aliados, ora adversários). Todas essas variáveis estão presentes não somente no exercício funcional dos Tribunais Constitucionais e das Cortes de Justiça, como na escolha, procedimento, decisão e investidura daquele que ocupará o espaço enquanto seu membro.

Como se trata de órgão, que em um controle de constitucionalidade forte sobrepassa os demais poderes, em cada investidura se exige um tratamento de aspectos atinentes ao princípio da soberania popular, diferentemente da investidura para órgãos jurisdicionais ordinários, nos quais a composição é de legitimação exclusivamente técnica. O princípio da soberania popular, por seu lado, obrigatoriamente remete aos princípios do pluralismo, da representatividade e da complementaridade. Ao princípio do pluralismo pela exigência de uma composição diversificada e em sintonia com minorias que estão alijadas das decisões majoritariamente tomadas pelos órgãos de representação. Vinculado ao princípio do pluralismo está o da representatividade, a exigência de que o nomeado reverbera a vontade de parcela dos que compõem o titular da soberania, o que exigirá a investidura por mandatos certos, não muito longos, com renovação periódica e não coincidentes com os do Chefe do Estado e Chefe do Governo, que na maioria das constituições tem participação no processo de composição dos Tribunais; a não coincidência dos mandatos é condição de exercício funcional independente. A renovação periódica e o mandato certo tornam a composição sensível para a evolução social. A representatividade exigirá, igualmente, um *quórum* elevado dentro dos colegiados legislativos para deliberação e escolha dos futuros juízes. É a garantia de que a nomeação dispõe de aderência social e não houve outra de igual representação para fazer-lhe frente (veto à designação).

Por fim, a complementaridade se refere a diversidade de experiências profissionais e sociais de seus membros, que devem provir de diversos segmentos sociais e instituições: da magistratura, do ministério público, da advocacia, do serviço público, do poder legislativo e da sociedade civil. A complementaridade faz com que experiências profissionais de várias origens vivifiquem a atuação do Tribunal (MORAES, 2000, p. 77-78).

Não é por outro motivo que a escolha envolve a convergência das vontades de outros órgãos de representação.

Mas não somente. Enquanto os órgãos de representação se definem pela escolha do povo por eleições, a marca dos Tribunais Constitucionais e das Cortes de Justiça consiste na independência. Uma vasta literatura tem se debruçado sobre a independência e identificado aquela que se denomina *de jure*, consistente no arcabouço normativo e institucional que possibilita o exercício livre de suas atribuições, sem interferências ou embaraços, e a garantia do cumprimento e obediência de suas decisões. Há ainda a independência *de facto*, que consiste na efetividade máxima, real, de se decidir de forma independente e de se lograr a obediência assentida de suas decisões. São diferentes os instrumentos institucionais que o promovem. Um deles o processo de investidura. “Aqueles que detêm o poder de nomear juízes também detêm o poder de influenciar as decisões. Assim, deve-se pensar em meios de seleção que insulem o selecionado daqueles que o selecionaram” (DUARTE, 2017, p. 20).

Uma análise acurada dos diferentes métodos empregados na designação de membros de Tribunais Constitucionais pode conferir perspectivas qualitativas sobre a legitimidade da investidura, ao oferecer variáveis para se avaliar a maneira de se implicar a ideologia dos que nomeiam e daquela professada pelos nomeados. Igualmente expõe o reflexo na independência *de jure* e *de facto*.

4 SISTEMAS DE INVESTIDURA DE TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E CORTES CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

A investigação parte do pressuposto de que os Tribunais Constitucionais e Cortes de Justiça são desdobramentos do exercício funcional especializado da soberania. A presença de Tribunais Constitucionais e Cortes de Justiça deixa de ser consequência de uma abordagem prescritiva e normativa de quem estuda a temática da separação de poderes, mas se apresenta enquanto um reconhecimento analítico de

estruturas positivadas e que historicamente se mostraram necessárias. Por necessidade histórica os Tribunais Constitucionais e as Cortes de Justiça surgiram como exigência de uma normatividade constitucional, lembrando que as Constituições pactos do constitucionalismo clássico europeu os dispensavam. Historicamente admitidos, sua relação e sua dinâmica longe estão de serem pacíficas, mas conflituosas, a lembrar a discussão teórica (abstrata e filosófica) de Dworkin e Waldron. E se de um lado, a discussão teórica e filosófica é imprescindível porque enfrenta a essência da relação entre poderes e a importância hierárquica entre as fontes do direito de uma ou outra função especializada, de outro lado, é de utilidade manifesta o debate sobre como concretamente essa relação se institucionaliza em normas nos diversos sistemas constitucionais.

Um estudo desses ordenamentos, de direito comparado, é interdisciplinar por natureza e tem por objetivo *lato* expor perspectivas diferentes. São realizados em variados contextos históricos, arranjos institucionais, atritos entre uma perspectiva metodológica normativa e positiva e entre o direito constitucional e o direito infraconstitucional. São variáveis que devem ser escolhidas, sopesadas e justificadas. As comparações empreendidas, por outro lado, acontecem como forma de se atingir algum objetivo específico: a compreensão de diferentes sistemas, o aprofundamento crítico sobre o sistema doméstico, uma reflexão própria sobre boas práticas de outros ordenamentos ou uma resposta para um problema autóctone e que se descortina ao compará-lo com outro. As técnicas utilizadas são variadas. Uma delas, classificatória. A classificação enquanto técnica de Direito Comparado não é estéril, mas instrumento de elucidação dos sistemas constitucionais, da dinâmica funcional entre sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*, da eclosão de fenômenos, para se citar somente algum deles (JACKSON, 2012, pos. 1578-2024).

O objetivo aqui é não somente compreender, mas diante dos problemas já aventados, descobrir boas práticas. Tudo para se sugerir caminhos a problemas de natureza local³.

Proceder uma investigação de Direito Comparado exige alguns cuidados. O primeiro é o recorte. Com quem comparar e por que se comparar? O recorte, por sua vez, faz-se diante do objetivo almejado.

³ Como já se colocou antes, a questão envolvendo a legitimidade de um controle de constitucionalidade forte, deve ser enfrentada quanto ao melhor sistema (ideal) para se oferecer respostas de direitos fundamentais. Não se confunde com problemas locais e históricos de disfuncionalidade de um ou outro poder. O emprego das técnicas de Direito Comparado visa também oferecer perspectivas, em trabalho futuro, para a crise que se abate sobre a ordem constitucional brasileira.

Ora, se a proposta é debater os procedimentos de investidura de Tribunais Constitucionais, as Constituições europeias fornecem o melhor material. Os Tribunais Constitucionais emergiram na Europa continental, ainda antes da Segunda Guerra Mundial, pelo esforço teórico de Hans Kelsen para dotar de força normativa a Constituição austríaca. O ocaso europeu, após o término da Guerra, exigiu um esforço de reconstrução institucional. O impacto da ocupação, sobretudo americano, impôs um órgão encarregado de fiscalizar os poderes constituídos diante da normativa das constituições então nascentes. A receita já existia: o Tribunal Constitucional Austríaco.

Já a constituição francesa é um caso *sui generis*. A tradição constitucional francesa se construiu com fundamento na ideia de vontade geral, devida a Rousseau⁴, e que segundo as várias constituições que se sucederam na história francesa seriam explicitadas pela câmara de representação (câmara baixa). Explicitando a vontade geral, não havia como existir qualquer órgão para fiscalizar ou anular as decisões do parlamento. Um órgão encarregado de controlar a constitucionalidade somente surgiria na Constituição de 1958. O Conselho Constitucional Francês. Uma fiscalização preventiva de constitucionalidade e que somente se robusteceria a partir de uma jurisprudência ainda hoje evolutiva e surgida no início dos anos 70 com a criação do bloco de constitucionalidade (FAVOREU; LLORENTE, 1991).

Os modelos de jurisdição constitucional exigem sistemas orgânicos para sua expressão: o americano de Cortes Constitucionais, o europeu continental de Tribunais Constitucionais e o controle preventivo francês⁵. A eles se acrescentam os modelos latino-americanos e que

⁴ Um adendo. Muito embora a ideia de “vontade geral” tenha prevalecido entre os franceses como uma justificativa para se compreender o Parlamento como um poder incontestável em sua relação com os demais, sendo purista, a verdade é que a obra de Rousseau não admite essa analogia. A vontade geral, como encontrada no Contrato Social, acaba sendo uma abstração que nem mesmo o próprio autor logra explicitar como seria materializada. Não se sugere como se estruturará em uma organização política histórica e concreta na qual coexistem interesses particulares. “*Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu’à l’intérêt commun, l’autre regarde à l’intérêt privé, et n’est qu’une somme de volontés particulières : mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s’entre-détruisent, reste pour somme des différences la volonté générale*” (ROUSSEAU, 2001, p. 39). O que se tem de certo, é que Rousseau falava da democracia direta, aquela existente na antiguidade clássica ou em algum cantão existente na nação de que provinha, não da democracia representativa. A “vontade geral” não se representa. Pertence ao povo e é inalienável.

⁵ O recorte sobre as constituições aqui escolhidas tem razões óbvias. São modelos, matrizes de Tribunais em outros sistemas constitucionais. Não se desconhece que a partir da democratização do leste europeu, diversos Estados se constitucionalizaram.

guardam conosco não somente uma proximidade política, cultural, econômica e social, como também de modelo. Não é desconhecido que a república se fez na América Latina em moldes concebidos segundo influência do presidencialismo americano. Em regra, salvo algumas exceções, o modelo de presidencialismo americano exige Cortes de Justiça com competência constitucional. A sua investigação é uma exigência para o que aqui se desenvolve.

4.1 Os Sistemas Europeus de Investidura

O Conselho Constitucional Francês compõe-se de nove membros, nomeados por um período de nove anos, impedida a renovação da investidura. A renovação dá-se a cada três anos pela terça parte. As nomeações contam com a participação dos órgãos superiores do governo e ocorrem de forma discricionária: a) três membros são nomeados pelo Presidente da República; b) três pelo Presidente da Assembleia Nacional; c) três pelo Presidente do Senado. Os ex-presidentes da República Francesa têm assento vitalício e por direito próprio no Conselho Constitucional (art. 56). O Presidente da República escolhe o Presidente do Conselho entre os seus membros nomeados ou de direito. Os ex-presidentes da República Francesa são membros de direito, pois com assento originário (SEGORBE; TRABUCO, 2002, p. 92). É o único sistema europeu em que a nomeação é discricionária. A forma de designação discricionária feita pelos presidentes dos distintos órgãos de representação é criticada porque não oferece uma garantia de representação de todas as forças ideológicas. Não é incomum que as presidências dos órgãos de representação nomeantes provenham da maioria ideológica do colegiado, o que fatalmente se reflete nas nomeações e compromete a função contramajoritária que se espera do Conselho Constitucional.

Em alguns Estados - Alemanha, Portugal - as designações são feitas por eleição pelas câmaras de representação. O sistema de eleições tem por fim não despolitizar as nomeações, mas politizá-las, e o fazendo,

A constitucionalização implicou um rica tipologia de órgãos para guardar e fiscalizar a constitucionalidade das normas. Ocorre que, por motivos vários, seguiram-se também modificações constitucionais e instabilidades políticas. Outrossim, não se desconhece que o Reino Unido, a partir do *Human Rights Act*, conta com um modelo de fiscalização capitaneada por uma *Supreme Court of United Kingdom*. Sendo uma fiscalização fraca (*weak judicial review*) não será aqui tratada. As razões de não se enfrentar todos os sistemas de Tribunais e Cortes Constitucionais do mundo também se explicam pelos limites da proposta aqui aventada.

reverberar para o exercício da função de fiscalização. Como o quórum para a eleição geralmente é alto, entre maioria absoluta e dois terços, os partidos majoritários dificilmente conseguem sozinhos designar os juízes. Isso obriga uma negociação política que tem efeitos de abertura nas composições. Impedem os blocos monolíticos que ocorrem, por vezes, nas designações do Conselho Constitucional francês.

Na quase totalidade dos Estados europeus se emprega um sistema misto de eleições e nomeações. Dada a tradição que guardam com a herança ocidental cabe lembrar os da Itália, Espanha, Portugal e Áustria. A Corte Constitucional na Itália é composta por quinze membros, sendo cinco eleitos pelo Presidente da República, cinco pelas casas em conjunto, que compõem o parlamento, e cinco nomeados por indicação pelos órgãos superiores de jurisdição: três pela Corte de Cassação, um pelo Conselho de Estado e outro pela Corte de Contas. Na Espanha os membros são nomeados em número de doze pelo Rei, após a indicação de dois pelo Conselho Geral do Poder Judiciário, dois pelo Governo e quatro por cada uma das Câmaras do Parlamento. Em Portugal, o Tribunal Constitucional é composto por treze membros, dos quais dez são designados pela Assembleia da República e três são escolhidos pelo próprio Tribunal. Os membros do Tribunal Constitucional austríaco são nomeados pelo Presidente da Federação, sendo oito designados pelo Governo Federal, três eleitos pelo Conselho Nacional e três pelo Conselho Federal. O Sistema Misto de designação caracteriza-se: a) pela preponderância das câmaras legislativas em relação ao Executivo, relegado, em muitos dos casos, a mero papel formal de chancela; b) pela participação dos órgãos Superiores de Jurisdição.

Geralmente o candidato deve preencher alguns requisitos para o exercício da função. A Constituição e a legislação francesa são as únicas que não exigem nenhum requisito para designação, conferindo a mais ampla discricionariedade aos Presidentes da República, do Senado e da Assembleia Nacional. A Tabela a seguir espelha essa exigência:

Estados	Requisitos de Investidura
República Federal da Alemanha	- Idade mínima de quarenta anos e máxima de sessenta e oito, sendo três provindos da Magistratura com a antiguidade mínima de três anos perante uma jurisdição superior e cinco devem ser titulares de formação jurídica própria;
República Italiana	- Magistrados, advogados ou professores de Direito;
Reino da Espanha	- Competência jurídica reconhecida e no mínimo quinze anos de exercício profissional;
República Portuguesa	- Seis Juízes provindos da Magistratura ordinária e os demais entre membros das outras profissões jurídicas;
República da Áustria	- Exercício mínimo de dez anos de profissão que exija habilitação em Direito (juízes, advogados, notários, servidores públicos, etc)

Fonte: elaborada pelos autores.

Um elemento importante está na imposição de mandatos. Mandatos curtos dificultam a formação de uma jurisprudência estável e comprometem a autoridade de seus membros, enquanto mandatos longos ou vitalícios podem fazer com que os Tribunais não acompanhem a evolução social, apesar de que a vitaliciedade e a amplitude do mandato conferem independência aos juízes em relação às autoridades que os nomearam. A maioria dos Estados europeus adota uma duração intermediária entre sete e nove anos. A Alemanha adota um mandato de doze anos e a Áustria prevê a vitaliciedade. Na quase totalidade deles os mandatos não são renováveis – a Espanha admite a reeleição, mas não a imediata –, o que reforça a independência. A reeleição pode fazer com que uma decisão importante seja negociada com os agentes políticos encarregados da eleição ou nomeação. Importante também a forma como ocorrem as renovações. Designações em bloco dificultam aos designados o aprendizado da função, o que não ocorre quando a renovação é parcial, de tempos em tempos, ou quando somente são efetivadas após a aposentadoria compulsória.

4.2 Os Sistemas americanos de investidura

Se os Tribunais Constitucionais europeus se caracterizam pelo pluralismo, pela busca de uma representação na composição das Cortes e pela complementaridade na heterogeneidade entre seus membros, os colegiados da América – em especial da América Latina – em nada se afastam na busca da otimização desses mesmos princípios. Em vários sentidos ganham em originalidade, em especial, por muitos buscarem uma aproximação de suas circunstâncias históricas, culturais ou étnicas.

De dezenove Cortes analisadas, somente oito predominantemente adotam um procedimento de escolha no qual não há necessidade de diálogo interorgânico (órgãos diferentes). Em onze Estados predominam a convergência de órgãos diferentes de exercício da soberania (mais de um agente), quer na indicação, quer na escolha dos indicados, quer na nomeação dos escolhidos. Para eleição ou indicação são chamados à participação órgãos do Estado que não os de representação popular (Magistratura, Ministério Público, Notariados), instituições de ensino (universidades públicas e privadas), órgãos políticos de comunidades locais (Alcaides e prefeitos de província), categorias profissionais e grupos de trabalhadores (Sociedade de Advogados, Central de Trabalhadores, Câmaras de Produção, organizações campestinas) e grupos étnicos (organizações indígenas). Toda essa participação não se descarta da manifestação de uma ou de ambas as Casas Legislativas.

A adoção pelas mais diferentes Constituições de técnicas distintas de legitimação somente confirma a importância política dos Tribunais Constitucionais. A riqueza das experimentações pode ser encontrada no quadro abaixo:

Estados	Eleição por um único Órgão
Estado Plurinacional da Bolívia (Tribunal Constitucional Plurinacional – 9 membros)	Eleitos por sufrágio universal com base na plurinacionalidade após pré-seleção realizada pela Assembleia Plurinacional por 2/3 dos votos (arts. 182, 197, 198, 158, I, 5, e).
República do Chile Tribunal Constitucional –10 membros	Procedimento complexo: a) três designados pelo Presidente da República; b) 4 nomeados pelo Congresso Nacional, sendo dois nomeados diretamente pelo Senado e dois propostos pela Câmara para apreciação pelo Senado; c) 3 eleitos pela Corte Suprema. Mandato de dez anos, vedada a recondução (art. 92)

República da Costa Rica Sala Constitucional – Corte Suprema de Justiça – 7 membros	Eleitos pela Assembleia Legislativa por maioria de 2/3 para um mandato de 8 anos e permitida a recondução (art. 158).
República de El Salvador Sala Constitucional – 5 membros Divisão Orgânica da Corte Suprema de Justiça com 15 membros	Designados pela Assembleia Legislativa, por 2/3 de votos, para um mandato de 9 anos, renovados por 1/3 a cada três anos (art. 174)
República da Nicarágua Corte Suprema – 16 membros	Eleitos pela Assembleia Nacional por um período de cinco anos (art. 163)
República do Peru (1996) Tribunal Constitucional – 7 membros	Eleitos pelo Congresso da República por maioria de 2/3, para um mandato de cinco anos, vedada a reeleição subsequente (art. 201)
República Dominicana (1994) Corte Suprema – 17 membros	Selecionados e eleitos pelo Conselho Nacional da Judicatura (art. 152)
República Oriental do Uruguai Corte Suprema – 5 membros	Eleitos pela Assembleia Geral por 2/3 de votos para um mandato de dez anos e permitida a reeleição após decorrido cinco anos de cessado o primeiro mandato (art. 236 e 237).

Fonte: elaborada pelos autores.

Estados	Agente Nomeador	Agente Ratificador
República Argentina Corte Suprema de Justiça – 5 membros (Lei 26.183/2006). Critérios de seleção – Decreto 222/03	Indicação pelo Presidente da República	2/3 do Senado em sessão pública (art. 99, inciso 4)
República Federativa do Brasil Supremo Tribunal Federal – 11 Ministros	Indicação pelo Presidente da República	Aprovação por maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único)
República da Colômbia Corte Constitucional – 9 membros	O Presidente da República, a Corte Suprema de Justiça e o Conselho de Estado, cada qual, oferecem uma lista tríplice	Aprovação pela maioria absoluta do Senado para um mandato de 8 anos, sendo vedada a recondução (art. 239)

República do Equador Corte Constitucional – 9 membros	As indicações dar-se-ão pelas funções legislativa, executiva e de transparência e controle, por meio de candidaturas que lhe chegam a partir de um processo de concurso público, com a possibilidade de impugnação pelos cidadãos (art. 434).	Comissão qualificadora integrada por duas pessoas indicadas por cada uma das funções legislativa, executiva e de transparência e Controle. Mandato 9 anos, sem recondução imediata, com renovação de 1/3 a cada três anos (art. 433)
Estados Unidos da América Suprema Corte - 9 membros	Indicação pelo Presidente da República	Aprovação por
República da Guatemala Corte Suprema – 13 membros	A Comissão de Postulação integrada por um representante do reitores das universidades, pelos decanos das faculdade de Direito ou de Ciências Jurídicas e Sociais de cada universidade do país, um número equivalente de representantes eleitos pela Assembleia Geral do Colégio de Advogados e Notários e por igual número de representantes dos magistrados titulares da Corte de Apelação e demais Tribunais elabora uma lista de vinte e seis candidatos	O Congresso por maioria de 2/3 de seus membros elege 13 membros da lista apresentada (art. 215).
República de Honduras Suprema Corte de Justiça – 15 membros	Junta Nomeadora elabora lista de quarenta e cinco candidatos.	Aprovação por maioria de 2/3 do Congresso Nacional a partir de uma lista tríplice (art.311)
Estados Unidos Mexicanos Suprema Corte de Justiça – 11 membros	O Presidente elabora uma lista tríplice por cada vaga	Aprovação por maioria de 2/3 pelo Senado (art. 96)
República do Panamá Suprema Corte de Justiça – 9 membros	Conselho de Gabinete (Presidente, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado) indica os candidatos (art. 200.2)	Aprovação por maioria absoluta Órgão Legislativo (art. 203)

República do Paraguai- Corte Suprema de Justiça- 9 membros	Elaboração de uma lista tríplice pelo Conselho da Magistratura	Escolha de um indicado na lista tríplice em concordância com o Presidente da República (art. 264.1)
República Bolivariana da Venezuela Supremo Tribunal de Justiça – 20 membros	Comissão Nacional de Postulação (CNP) elabora uma lista. CNP é formado por membros da sociedade civil. Elaborada uma preleção que é apresentada ao Poder Cidadão, que efetuará uma segunda preleção (art. 264)	Assembleia Nacional realizará uma terceira preleção e a aprovação definitiva (art. 264)

Fonte: elaborada pelos autores.

5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A GÊNESE DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A evolução do controle de constitucionalidade – acentuada pela Constituição de 1988 e por sua *práxis* – aponta a opção por um controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. É recomendável, contudo, a adoção de um modelo kelseniano puro de Tribunal Constitucional? Caso operada a mudança, o atual Supremo Tribunal Federal, como constitucionalmente organizado, suportaria a alteração de modelo? Por motivos diferentes parece que a resposta é afirmativa. De um lado, o modelo vigente padece de um tratamento ótimo à efetividade e força normativa da Constituição, pois uma Corte de Justiça concorre na tomada de decisões com outros órgãos jurisdicionais (controle difuso), o que gera insegurança, instabilidade normativa e sobrecarga do órgão de cúpula em razão dos recursos que lhe chegam. Por outro lado, há uma politização de órgãos jurisdicionais inferiores, pois a fiscalização da constitucionalidade das normas é atividade qualitativamente distinta da função de julgar, com alta carga de politização, o que acaba politizando os demais membros da estrutura judiciária⁶ (DUARTE NETO, 2019, p. 222-227).

⁶ Shmitt e Kelsen quando debateram sobre o guardião da constituição, estavam concordes neste aspecto. Para Carl Schmitt, a proteção da Constituição é função distinta do ato de julgar conflitos de interesse, consistindo esta em subsunção lógica de enunciados descritivos de fatos a enunciados normativos, enquanto aquela em tarefa de ordem política semelhante às atribuições exercidas pelo poder legislativo, e existindo uma sobreposição (ou fusão) de funções diferentes, obrigatoriamente impõe-se a mudança da arquitetura dos poderes do Estado (SCHMITT, 1998, p. 78). Já Hans Kelsen ensinava que a anulação de uma norma

Em resumo, a evolução funcional do Supremo Tribunal Federal exige a transformação de seu *status* no concerto dos poderes, logo, de sua legitimidade, de sua competência constitucional e, por fim, dos instrumentos e procedimentos para o exercício de sua atividade. Uma tarefa de reengenharia constitucional.

A reforma é constitucional? Não incorreria em inconstitucionalidade por desrespeito à cláusula pétrea da separação de poderes (art. 60, § 4º, inciso III da CF)? Os argumentos em sentido contrário não convencem. Primeiro, o enunciado normativo veda a proposta de emenda tendente a “abolir” a separação de poderes. Logo, a reforma venceria facilmente até mesmo uma interpretação literal do texto. A separação de poderes seria “remodelada”, não extinta ou “abolida”. Segundo, se a *contrario sensu* fosse buscada uma interpretação teleológica, a proposta de emenda otimizaria a decisão tomada pelo constituinte originário, que optou por um sistema concentrado e abstrato de fiscalização de constitucionalidade, e esse foi o movimento empreendido pelo constituinte reformador, pelo legislador e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em trinta e um anos de vigência da CF. Instrumentos processuais, técnicas procedimentais e decisões do colegiado convergiram para o aumento da competência jurisdicional da Corte Constitucional. Nunca para o seu refreio. Logo, uma mudança dessa natureza realizaria a proposta constitucional originária, não a suprimiria. Por fim, mudanças constitucionais não causam perplexidade em texto que já sofreu seis emendas de revisão e cento e seis alterações segundo o rito do art. 60 da CF⁷. Não existem empecilhos normativos (inconstitucionalidade formal e material), de fins constitucionais (axiológicos) que pudessem ser fraudados. Mesmo barreiras de ordem fática, decorrentes da impossibilidade de se lograr consenso e adesão do poder reformador para a mudança, não existem. Neste último aspecto, sempre que se quis, a Constituição Federal foi modificada e os números de mudanças formais (quantidade) são a evidência do que se afirma. Quando estas não foram suficientes, a qualidade das mudanças informais (mutação constitucional) empreendidas pela própria Corte veio em socorro.

Há e houve um movimento explícito de natureza institucional e normativa durante os mais de trinta anos transcorridos desde a promulgação da CF, com o intuito de converter o Supremo Tribunal Federal em um

inconstitucional é atividade semelhante a de um legislador negativo, supressão que é de normas genérica, enquanto os juizes emanam provimentos individuais (KELSEN, 2007, p. 151-152).

⁷ O número refere-se à data da entrega para apreciação deste texto ao periódico.

Tribunal Constitucional. A transformação completa implica uma respectiva compreensão sobre o seu papel constitucional (fim) e sua relação com os demais poderes, sobre suas competências e seus ritos processuais e procedimentais, sua dinâmica interna e o regime de investidura de seus membros e de exercício da sua função. Mas o Supremo Tribunal Federal, mesmo com toda as modificações anotadas, guarda ainda competências, dinâmicas interna e externa, ações e procedimentos e regime jurídico de seus Ministros que ainda o fazem uma Corte de Justiça. Há um hibridismo. Permanece com um perfil de um órgão de cúpula do Poder Judiciário dentro de um sistema tripartite de poderes. As críticas de disfuncionalidades que lhes são dirigidas têm por causa, em grande parte, esse hibridismo de funções. O Supremo Tribunal Federal não é uma Corte de Justiça eficiente e não é um Tribunal Constitucional que de forma adequada guarde a Constituição e a federação. Sendo um “ou” outro, o Supremo Tribunal Federal seria estrito, eficiente e limitado (pela própria Constituição). Sendo ambos e cumulando funções, é amplo, ineficiente (art. 5º, LXXVIII da CF) e sem limites (ativista, não só protagonista). A imposição de limites e o exercício funcional que se espera de um Tribunal Constitucional passam por uma reengenharia constitucional que promova a passagem de um para outro nos vários aspectos abordados. O procedimento de investidura de seus membros é um deles. Precisa ser enfrentado pela alteração constitucional que o fará um Tribunal Constitucional com limites e eficiente.

Hodiernamente o Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze ministros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada sua escolha por maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CF/1988). São requisitos para a nomeação: *a)* serem brasileiros natos; *b)* com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; e *c)* com notável saber jurídico e reputação ilibada. O método de investidura foi inspirado na Constituição norte-americana e já estava na origem de nossa organização constitucional republicana. Os ministros investidos na competência jurisdicional gozam das mesmas garantias da magistratura, entre elas, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. Dispõem de foro especial por prerrogativa de função junto à própria Corte na hipótese de cometimento de crimes comuns (art. 101, alínea b da CF). Na hipótese de cometimento de crimes de responsabilidade, tipificados que estão nos artigos 39 e 39-A da lei 1.079/50⁸, são julgados pelo Senado Federal (art. 52, inciso II, CF).

⁸ “Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1- altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido

Conforme colocado, o procedimento de investidura deve possibilitar a independência judiciária. O vigente confere aos Ministros do Supremo Tribunal Federal a garantia de um exercício livre de pressões de outros poderes, das partes litigantes e da opinião pública. A indicação é empreendida pelo Presidente da República e nem sempre com um viés ideológico claro (vinculação a alguma corrente de pensamento jurídico ou político ou compreensão sobre questão candente na sociedade)⁹. Em pesquisa documental realizada (qualitativa), em período a partir do qual o Supremo Tribunal Federal se erigiu com a atual estatura política em relação aos demais poderes, recuperaram-se as atas das sabinas dos indicados perante o Senado Federal. Como forma de se encontrarem respostas relevantes sobre a temática da arguição (interesse ou não da sociedade e relevância do que se perguntava), sua forma e sobre as votações, descobriu-se que “... os temas arguidos seguem, principalmente, a lógica do casuísmo, isto é, os vinte e três parlamentares que compõem a CCJ se pautaram nos temas em voga, à época de cada sabatina, para elaborarem os questionamentos aos candidatos” (SILVA, 2013, p. 55-57). As arguições foram marcadas por perguntas triviais sobre a vida e a personalidade dos indicados. Algumas questões polêmicas. Foram pródigos os elogios aos sabatinados e escassas as críticas. Os candidatos foram aprovados por margem larga de votos, uma média entre 67 ou 55 votos favoráveis para cada 3 ou 1 votos desfavoráveis. No período analisado, os que tiveram maior resistência foram aprovados respectivamente por 57 e 58 votos favoráveis contra 15 e 9 desfavoráveis (SILVA, 2013, p. 55-57). Logo, é possível concluir que as indicações presidenciais ocorrem por fundamento

em sessão do Tribunal; 2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3 - exercer atividade político-partidária; 4 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decoro de suas funções. Art. 39-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da Presidência, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas”. O artigo 39-A foi inserido pela lei 10.028/2000, mesmo ano da lei de responsabilidade fiscal (lei complementar 101/2000), dentro do contexto de esforço governamental de impor contenção aos gastos públicos. Excluída esta última alteração, de data recente, as condutas tipificadas datam do início dos anos cinquenta do século passado. Não é temerário reconhecer que as condutas tipificadas, quando a Corte dispunha exclusivamente de competência para a fiscalização incidental da constitucionalidade, estão em descompasso com a série de atribuições que lhe foram confiadas a partir da promulgação da Constituição de 1988.

⁹ Existem crônicas que sugerem que o processo de indicação presidencial, em muitos casos, ocorre não somente segundo os requisitos do “notável saber jurídico” e da “reputação ilibação” (art. 101, *in fine*, da CF). Outras variáveis também compõem a escolha (Cf. CARVALHO, 2010 e RECONDO; WEBER, 2019).

constitucional assentado em critérios largos como o “notável saber jurídico” e a “reputação ilibada” e que são de difícil aferição e avaliação. Não se logra identificar claramente a razão da escolha do Presidente da República. Nem mesmo possibilita que a opinião pública contraste a biografia do indicado. O Senado Federal, por seu lado, não torna a indicação mais concreta. O pensamento e as qualidades do indicado para a ocupação de função junto ao Supremo Tribunal Federal raramente são debatidos e votados. Sobretudo, as questões são desconhecidas pela opinião pública.

Se falece um controle político efetivo sobre as indicações, o mesmo acontece durante o exercício funcional. Não existe um regime, um procedimento e um órgão alheio à Corte que controle o cumprimento dos deveres funcionais de um Ministro do Supremo Tribunal Federal. Digase: o estatuto legal dos crimes de responsabilidade não é o bastante, pois envolve apenas casos de gravidade mais acentuada. Os tipos penais dos crimes de responsabilidade protegem valores que tocam a Democracia, a República e a Constituição. São valores indispensáveis. Mas existem valores importantes – como a prudência no trato das questões processuais, a urbanidade, a assiduidade, a vedação ao comércio e às atividades políticas, o comedimento, a correção na vida pública e privada, entre outros – que justificam uma proteção especial, mas diferente da consequência criminal. Um regime de responsabilização administrativa. O que se discute quando se pretende um estatuto de deveres funcionais e uma responsabilização efetiva é uma garantia para a qualidade da jurisdição constitucional a ser oferecida¹⁰, o que, talvez, seja de maior impacto na compreensão da Corte enquanto colegiado e um dos poderes do Estado brasileiro.

A ausência de critérios objetivos de investidura de Ministros do Supremo Tribunal Federal e a falta de um regime normativo explícito de deveres funcionais (condutas vedadas, rito de aferição e um órgão isento para fiscalização), fazem-no em crise constante. A crise, no caso,

¹⁰ A afirmação de qualidade da jurisdição tem implicações plúrimas. A literatura jurídica sobre as disfuncionalidades técnicas da Corte é vasta. Mas não só. A independência e a qualidade da jurisdição constitucional também é apurada pela *compliance* dos cidadãos. Como os cidadãos percebem sua corte constitucional. Em pesquisa realizada pelo instituto Datafolha, no período de 25 a 26 de maio de 2020, a partir da entrevista por telefone de 2069 brasileiros adultos distribuídos por toda a região do país, constatou que somente 30% dos brasileiros aprovam o trabalho dos Ministros (ótimo e bom), 26% dos entrevistados acham o trabalho ruim ou péssimo, 40% acham regular e 5% não souberam opinar. Pesquisa em idênticos moldes, em 2019, constatou que somente 19% avaliavam o trabalho de Ministros como bom e ótimo, para 39% que o tinham com ruim ou péssimo e 38% que o compreendiam regular (DATAFOLHA, 2020). Ora, mesmo com uma melhora em sua avaliação de um ano para outro, somente 1/3 dos cidadãos tem uma percepção positiva do Supremo Tribunal Federal.

não é pela falta de independência. A crise é pelo excesso e permitiu até mesmo que se cunhasse uma expressão para designar o exercício funcional ativista do tribunal em uma democracia constitucional: “Supremocracia” (VIEIRA, 2008).

Logo, a solução passa por mudanças institucionais, alteração de estrutura, que refreiem o exercício jurisdicional livre de balizas certas. A primeira mudança transita pelo procedimento de investidura (nomeação). A experiência do direito comparado é uma fonte para prospecção de soluções. Não se pretende, por óbvio, elaborar um sistema, mas sugerir caminhos para que outros persistam no trabalho de reengenharia constitucional.

Parece que o procedimento de indicação exclusiva pela Presidência da República não é o melhor. Perante os Tribunais Constitucionais europeus que aqui se investigou, a indicação conta com a participação de diferentes órgãos de representação. Somente na América, especialmente na Argentina, no Brasil, no México e nos Estados Unidos as indicações são realizadas exclusivamente por um único poder (Presidente da República). Em nosso modelo, os Presidentes da República são eleitos pelo voto majoritário, as eleições por maioria absoluta quase sempre têm uma característica plebiscitária. Como foi eleito por uma maioria que o apoia, a força majoritária acaba se expressando no exercício da presidência. E dentro do exercício a indicação de candidatos para as vagas abertas. Isso faz crer que o indicado em verdade representa uma força majoritária da sociedade, enquanto os Tribunais Constitucionais em sua função de guardião da Constituição, acabam sendo órgãos contramajoritários. Em um sistema presidencialista em que as sabatinas e votações são realizadas quase que formalmente, rareando os casos em que há uma recusa a uma indicação, a Presidência da República acaba sendo a responsável pela composição do colegiado, transferindo-lhe a compreensão majoritária das principais e mais relevantes questões da sociedade.

Não é por outra razão que os diferentes sistemas constitucionais, em sua maioria, apresentam um modelo caracterizado pela convergência da indicação por órgãos diferentes de representação. É a forma de se garantir o pluralismo na composição da Corte e otimizar sua função contramajoritária. O modelo europeu alterna as indicações entre a Chefia do Estado (ou de Governo), a Câmara baixa (órgão de representação popular) e a Câmara alta (órgão de refreio ou também, onde existem, de representação de unidades federativas). Não se desconhece a possibilidade de indicação pela própria Corte ou “outros órgãos ligados ao judiciário”,

como ocorre em Portugal, Espanha, Itália, Paraguai, Guatemala, Equador, República Dominicana e Chile. O procedimento conta com a conveniência de ter participação de quem tem por função precípua a guarda da Constituição ou a competência para aplicação do Direito e, assim sendo, consiste em uma proposta que prima pela técnica jurídica sobre outras variáveis políticas. Mas não se descarta o inconveniente das escolhas se pautarem pelo corporativismo que acaba caracterizando os órgãos de Estado nos quais preponderam o profissionalismo, o domínio de técnicas, enquanto expressão de legitimidade para o exercício da função estatal.

Se a investidura exige a indicação de vários órgãos de representação política que se alternam na tarefa de preencher porcentagem (parcela) do Tribunal Constitucional, a própria nomeação é ato bastante para a assunção do cargo. Geralmente não há necessidade de ratificação (aprovação) de outro poder. É o que acontece nos Tribunais Constitucionais europeus. Havendo, o procedimento ganha em complexidade. A depender, a complexidade, por seu lado, em grande parte está atrelada a particularidades da sociedade e da cultura de um dado Estado (Venezuela, Guatemala e Equador). Não são técnicas que se exportem. A complexidade, também, pode gerar impasses e paralisias políticas, estando na dependência de maiorias e acordos estabelecidos entre órgãos diferentes da arquitetura constitucional.

A Constituição francesa não estabelece requisitos para a escolha. Mas outros Tribunais Constitucionais são providos por meio de listas extraídas das carreiras jurídicas como na Alemanha, na Itália e em Portugal. Se a previsão de listas restringe a opção pela mundividência dos escolhidos, de outro condiciona as escolhas e as mantém dentro de parâmetro de tecnicidades. Critérios objetivos, como o pertencimento a carreiras de Estado ou a proveniência do meio universitário, são melhores do que o conceito indeterminado do “notável saber jurídico”.

Por fim, a questão principal: qual o tempo de exercício da função? Investe-se em cargos vitalícios ou por mandatos com prazo certo. Em nossa experiência, a existência da vitaliciedade confere independência, mas ao mesmo tempo torna o titular da função constitucional desvinculado dos demais poderes e de um sentido de responsabilidade constitucional e social (as constituições, em conformidade com as sociedades, evoluem e se transformam). Usando uma sugestiva expressão de Mauro Capelletti, há o perigo concreto de *Giudici irresponsabili*, que se faz presente quando é vencedora a compreensão do juiz ativista, não como uma disfuncionalidade, mas como exigência da democracia constitucional

(em moldes de Dworkin). Como se viu, o Supremo Tribunal Federal não padece de falta de independência, mas de excesso. O excesso se reflete pela cumulação de competências de uma Corte de Justiça com a de um Tribunal Constitucional, o que gera um exercício ativista e disfuncional (sem estritos limites e sem regime funcional de responsabilidades de seus Ministros). São reflexos que conjugados lhe impede a transição para um modelo de Tribunal Constitucional. Mesmo um Tribunal Constitucional conta com limites estritos na arquitetura da Constituição. O Supremo Tribunal Federal agrupa as competências de dois órgãos em essência distintos e, ao fazê-lo, de forma não funcional, desestrutura a arquitetura da separação de poderes.

A solução para questões tais é a previsão de mandatos certos. Os mandatos por seu lado exigem respostas para o tempo de duração. Os curtos comprometem a independência, porque coincidem com as legislaturas e com os mandatos dos chefes do executivo, o que provoca um alinhamento político e ideológico e uma dificuldade no exercício da função contramajoritária (de equilíbrio), além de não permitir uma sedimentação jurisprudencial. Os mandatos longos conferem independência, mas não se descarta o problema hoje presente em razão da vitaliciedade. Dificulta, outrossim, a renovação. Os Tribunais constitucionais europeus têm preferido mandatos de sete a novos anos, período que sobrepára sobre as legislaturas e os mandatos dos Chefes do Executivo, garantindo-lhes a independência, que se protege também, quando conjuntamente se proíbe a recondução. A renovação dos mandatos por período certo de tempo, a cada três ou quatro anos, possibilita uma atualização da composição do colegiado, um pluralismo entre juízes novos e mais antigos e uma sintonia com a evolução social. Ocorre da escolha do Presidente da Corte, com funções regimentais de coordenação dos trabalhos, ser confiada ao próprio colegiado ou aos órgãos de designação. Uma opção ou outra envolve a preferência por um modelo de maior ou menor independência. (ROUSSEAU, 2002, p 39-42).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial tiveram forma e conteúdo peculiares. Travejam uma evolução transcorrida no correr dos séculos, que consistiu no desdobramento e no desvencilhar de funções enfeixadas em uma soberania que é una. A especialização da

soberania pariu vários órgãos constitucionais, que na tessitura do sistema político são a realização da liberdade. O último deles foi o Tribunal Constitucional, que na maioria dos Estados ocupa a função precípua de guarda da Constituição, de proteção da federação e da fiscalização abstrata de constitucionalidade. A importância dos Tribunais Constitucionais é tamanha que em essência há um rico debate sobre o seu exercício funcional e sobre o comprometimento (ou sobreposição) do espaço democrático dos órgãos de representação. Independente do debate teórico, a verdade é que o órgão se impôs e se mostra presente e necessário em qualquer organização constitucional. Os Tribunais Constitucionais, contudo, não se confundem com as Cortes de Justiça munidas também de competência para fiscalizar o respeito a um texto constitucional normativo. A diferença entre um e outro está não somente na relação entre os poderes do Estado, como nos limites de suas competências jurisdicionais, nos mecanismos processuais que os explicitam, no procedimento de designação de seus membros e no regime de sua permanência no cargo e de cumprimento dos deveres funcionais. São categorias históricas e concretas que lhes dão independência e que lhes conferem legitimação para o exercício da função. As possibilidades são variadas. A título comparativo com a nossa experiência mostrou-se útil investigar o sistema clássico e kelseniano dos Tribunais Constitucionais europeus e os sistemas latino-americanos, que por influência da Constituição dos Estados Unidos, historicamente optaram por Cortes de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal é nosso órgão de cúpula judiciária. Enfeixa as funções de guardião da Constituição, de garante da federação e órgão de cúpula do Poder Judiciário. A experiência inaugurada com a Constituição promulgada em 1988 – acrescida de um movimento coordenado de alterações constitucionais formais, mudanças informais da Constituição, promulgação de legislação e uma jurisprudência flagrantemente ativista – conduziu o Supremo Tribunal Federal a uma instituição próxima a um Tribunal Constitucional. A transição, contudo, não foi completa. Ao não se transitar completamente, a Corte remanesce como uma instituição híbrida. Uma instituição que padece de uma excessiva independência, que causa perplexidade na comunidade jurídica e na opinião pública. A Corte, não raro, produz crises constitucionais ao resvalar (ou ocupar) as atribuições dos outros poderes. A solução: a transição definitiva para um Tribunal Constitucional, não inserido como órgão de cúpula do judiciário, com competência estrita e limitada, com instrumentos processuais adequados a nova realidade, com outra forma

de composição e investidura de seus membros, com um regime funcional adequado para o exercício da função que lhe é afeta. O que se procurou no correr deste texto, foi oferecer propostas para abrir o debate pertinente a um novo processo de seleção, nomeação e investidura de seus juízes constitucionais. Isso foi realizado por excertos de uma análise comparada de outros Tribunais e Cortes Constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BURDEAU, Georges, HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit Constitutionnel**. 26. ed. Paris: L.G.D.J, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *Quosque tandem?* **Revista Piauí**, 48, set. 2010. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-supremo-quosque-tandem/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e Estabilidade Constitucional: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DUARTE NETO, José. Feliz Aniversário? Ensaio sobre os trinta anos da Constituição Federal. *In*: LAMACHIA, Cláudio; COELHO, Marcus Vinicius Furtado [Coord.]. **Constituição da República: um projeto de nação. Homenagem aos trinta anos**. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2018. p. 253-262.

DUARTE NETO, José. Independência e *accountability* judiciárias. *In*: DE PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **Federalismo e Poder Judiciário**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p 197-234.

DUARTE, Guilherme Jardim. **Independência de jure e de facto de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais: um estudo comparado**. 181 f. Tese de Doutorado (Departamento do Estado – Área de Direito Constitucional). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

DWORKIN, Ronald. **La democracia posible: principios para un nuevo debate político**. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes di gobierno, poderes normativos)**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1995.

EUA. University of Texas at Austin/ University of Los Andes in Bogotá. **Constitute. The world's constitutions to read, search and compare**. Disponível: <https://www.constituteproject.org/>. Acesso em 29 jun. 2020.

FAVOREAU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. **El bloque de la constitucionalid (Simposium franco-español de Derecho Constitucional)**. Madrid: Civitas, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Parlamentarismo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA. **Avaliação Congresso/ STF: 25 e 26/05/2020**. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2020/05/31/f53ec1762680b863f9c5e29897356cceavst.pdf> . Acesso em 25 jun. 2020.

JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András [Ed.]. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012 [e-book]. Pos. 1578-2024.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAMBERT, Édouard. **Le gouvernement des juges e la lutte contre la législation sociale aux États-Unis**. Paris: Éditions Dalloz, 2005.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

POSNER, Richard A. **How judges think?** Cambridge/London: Harvard University Press, 2010.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019 [e-book].

ROUSSEAU, Dominique. **La justicia constitucional en Europa**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du contrat social**. Mozambook-bibliothèque virtuelle, 2001 [e-book].

SEGORBE, Beatriz; TRABUCO, Cláudia. **O Conselho Constitucional Francês: legitimidade e vias de legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Quarteto Editora, 2002.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [s.d.].

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, Marina Ribeiro da. **Sabatinas dos indicados para o Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica (2002-2011)**. São Paulo: Relatório de pesquisa de Iniciação Científica Fapesp, 2013. Orientador: José Duarte Neto.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, **Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1406, 2006.